



**University of
Zurich**^{UZH}

**Zurich Open Repository and
Archive**

University of Zurich
University Library
Strickhofstrasse 39
CH-8057 Zurich
www.zora.uzh.ch

Year: 2014

**Gutachten zu Handen der Geschäftsprüfungskommissionen des Stände- und
des Nationalrates (GPK) betreffend: Oberaufsicht über die Eidgenössische
Finanzmarktaufsichtsbehörde (FINMA) vom 28. August 2013**

Uhlmann, Felix

Posted at the Zurich Open Repository and Archive, University of Zurich

ZORA URL: <https://doi.org/10.5167/uzh-108765>

Published Research Report

Originally published at:

Uhlmann, Felix (2014). Gutachten zu Handen der Geschäftsprüfungskommissionen des Stände- und des Nationalrates (GPK) betreffend: Oberaufsicht über die Eidgenössische Finanzmarktaufsichtsbehörde (FINMA) vom 28. August 2013. Bern: Die Bundesversammlung - Das Schweizer Parlament.

GUTACHTEN

zu Händen der

GESCHÄFTSPRÜFUNGSKOMMISSIONEN DES
STÄNDE- UND DES NATIONALRATES (GPK)

betreffend

OBERAUFSICHT ÜBER DIE EIDGENÖSSISCHE
FINANZMARKTAUFSICHTSBEHÖRDE (FINMA)

erstellt von

PROF. DR. FELIX UHLMANN, LL.M., ADVOKAT
PROFESSOR AN DER UNIVERSITÄT ZÜRICH
KONSULENT IM ADVOKATURBÜRO WENGER PLATTNER

28. August 2013

INHALTSVERZEICHNIS

I.	AUSGANGSLAGE UND GUTACHTENSAUFTRAG	3
II.	BEGRIFF UND GEGENSTAND DER OBERAUFSICHT	5
1.	Begriff und Grundlagen	5
2.	Einstufige Obergeraufsicht (Bundesgericht)	5
3.	Zweistufige Obergeraufsicht in hierarchischer Gliederung (Bundesrat und Verwaltung)	6
4.	Zweistufige Obergeraufsicht in dezentraler Gliederung (Bundesrat und ausgegliederte Verwaltungseinheiten)	10
5.	Würdigung	16
III.	BEGRENZUNGEN DER OBERAUFSICHT	18
1.	Allgemeine Begrenzungen	18
2.	Spezifische Begrenzungen	20
IV.	MITTEL UND ADRESSATEN DER OBERAUFSICHT	21
1.	Mittel der Obergeraufsicht, insbesondere Informationsrechte	21
2.	Adressaten der Obergeraufsicht	22
V.	OBERAUFSICHT ÜBER DIE FINMA	25
1.	"Indirekte" Obergeraufsicht des Parlaments	25
2.	Einwirkungsmöglichkeiten des Bundesrates	27
3.	Informationsrechte des Parlaments	32
4.	Adressat der Obergeraufsicht	34
VI.	BEANTWORTUNG DER GUTACHTENSFRAGEN	36

I. AUSGANGSLAGE UND GUTACHTENSAUFTRAG

- 1 In der Praxis der GPK stellen sich immer wieder Fragen der Oberaufsicht über die verselbstständigten Einheiten des Bundes. Die GPK hat zur Abklärung offener Fragen den Auftrag zur Abfassung eines Rechtsgutachtens an Prof. Dr. Georg Müller und PD Stefan Vogel erteilt. Diese lieferten der GPK am 7. Dezember 2009 ein Gutachten zur "Oberaufsicht der Bundesversammlung über verselbstständigte Träger von Bundesaufgaben" ab. Das entsprechende Gutachten ist im Zentralblatt publiziert worden (ZBI 111 [2010], S. 649 ff.; im Folgenden: "Gutachten MÜLLER/VOGEL").
- 2 Da sich insbesondere im Umgang mit der Eidgenössischen Finanzmarktaufsicht (FINMA) sowie mit dem Eidgenössischen Nuklearsicherheitsinspektorat (ENSI) Unsicherheiten ergeben haben, hat die GPK beschlossen, den entsprechenden Fragestellungen vertieft nachzugehen. Zu diesem Zweck erteilte die GPK zwei weitere Gutachtensaufträge, einen an Prof. Dr. Giovanni Biaggini, den anderen an Prof. Dr. Felix Uhlmann. Die beiden Gutachter haben jeweils Kenntnis vom anderen Gutachten und haben sich über allgemeine Fragestellungen ausgetauscht. Das Gutachten von Prof. Dr. Giovanni Biaggini beschäftigt sich schwergewichtig mit der Oberaufsicht über das ENSI, das vorliegende Gutachten schwergewichtig mit der Oberaufsicht über die FINMA.
- 3 Dem Unterzeichnenden wurden folgende Fragen unterbreitet:

Allgemeine Fragen

- a) Welche Kompetenzen haben die GPK gestützt auf Art. 169 BV und Art. 26, 52, 153 ff. ParlG gegenüber der FINMA, dem Bundesrat und dem Eidg. Finanzdepartement im gesetzlich festgelegten Aufgabenbereich der FINMA?
- b) Welche Grenzen setzen das FINMAG und allfällig weitere Rechtsvorgaben den Kompetenzen der GPK? Ergibt sich aus der gesetzlichen Unabhängigkeit der FINMA, dass die Intensität bzw. Tiefe der ausgeübten parlamentarischen Oberaufsicht von der Tragweite konkreter Problemhinweise abhängt?
- c) Ist die parlamentarische Oberaufsicht vor dem Hintergrund von Art. 169 BV und Art. 26, 52, 153 ff. ParlG (unter Berücksichtigung der Materialien und der Praxis zu diesen Bestimmungen) allgemein bezüglich ausgelagerten Einheiten und konkret bezüglich der der FINMA abschliessend an die

Kompetenzen des Bundesrats gegenüber diesen Einheiten gebunden oder bestehen seitens der GPK weitergehende Kompetenzen?

Spezifische Fragen

- d) Sind die GPK in der Ausübung ihrer Informationsrechte gemäss Art. 150 und 153 ParlG gegenüber der FINMA im Vergleich zur zentralen Bundesverwaltung beschränkt?
 - e) An welche "verantwortliche Behörde" haben die GPK ihre Empfehlungen gemäss Art. 158 ParlG zu richten (Bundesrat und/oder Verwaltungsrat der FINMA)?
 - f) Wie ist Art. 153 Abs. 5 ParlG bei der Anhörung von Vertretern der FINMA anzuwenden ("zu informierende Stelle")?
 - g) Gilt das Recht auf Stellungnahme des Artikels 157 ParlG ("rechtliches Gehör") im Falle der FINMA auch für den Bundesrat?
 - h) In welchen Bereichen übt die FINMA eine verwaltungsjustizielle Tätigkeit aus, die aufgrund der Gewaltenteilung nicht bzw. nur beschränkt (in Analogie zur parlamentarischen Oberaufsicht bei den Eidg. Gerichten) unter die parlamentarische Oberaufsicht der GPK fällt?
- 4 Das vorliegende Gutachten wird zunächst Begriff und Umfang der Oberaufsicht allgemein analysieren. Anschliessend werden diese Überlegungen im Hinblick auf die Oberaufsicht über die FINMA konkretisiert. Das Gutachten schliesst mit der Beantwortung der Gutachtensfragen.
- 5 Mit Blick auf das relativ neue Gutachten MÜLLER/VOGEL konzentrieren sich die folgenden Überlegungen vor allem auf Themenbereiche, in denen Differenzen bestehen oder weitergehende Überlegungen angestellt werden. Allgemeine Ausführungen werden knapp gehalten; vertiefend werden insbesondere Gegenstand (vgl. unten Ziff. 8 ff.) und Begrenzungen (vgl. unten Ziff. 31 ff.) der Oberaufsicht behandelt, weil dort die grössten Unsicherheiten und Differenzen bestehen. Literatur und Rechtsprechung werden zurückhaltend zitiert.

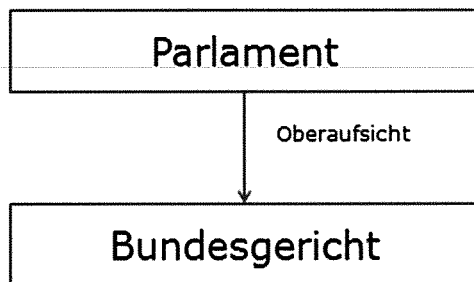
II. BEGRIFF UND GEGENSTAND DER OBERAUFSICHT

1. Begriff und Grundlagen

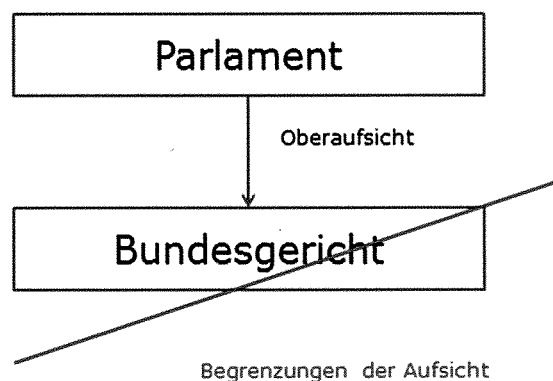
- 6 Die Oberaufsicht dient der Prüfung der Rechtmässigkeit, Zweckmässigkeit, Wirksamkeit, Wirtschaftlichkeit und Ordnungsmässigkeit des Handelns der beaufsichtigten Staatsorgane (Art. 26 Abs. 3 ParlG), wobei der Schwerpunkt der Prüfung auf den erstgenannten drei Kriterien liegt (Art. 52 Abs. 2 ParlG). Die Oberaufsicht soll die demokratische Verantwortlichkeit der Beaufsichtigten stärken, zur Behebung von Mängel und Missständen beitragen, mehr Transparenz und Vertrauen schaffen sowie Erkenntnisse für die zukünftige Gesetzgebung gewinnen (vgl. ausführlich Handlungsgrundsätze der Geschäftsprüfungskommissionen, verabschiedet am 29. August 2003 und am 4. September 2003, abrufbar unter <http://www.parlament.ch/d/wissen/parlamentswissen/parlamentsrecht/Documents/ko-au-gpk-handlungsgrundsaeetze-d.pdf>, abgerufen am 24. Juli 2013, im Folgenden "Handlungsgrundsätze GPK", S. 289 f.).
- 7 Der Oberaufsicht unterstellt sind der "Bundesrat und die Bundesverwaltung, die eidgenössischen Gerichte und die anderen Träger von Aufgaben des Bundes" (Art. 169 Abs. 1 BV). Die Einzelheiten der Aufsicht richten sich nach Art. 26, Art. 52 und Art. 153 ff. ParlG, welche im Zentrum der nachfolgenden Ausführungen stehen

2. Einstufige Oberaufsicht (Bundesgericht)

- 8 Im einfachsten Fall besteht eine *einstufige Oberaufsicht*. Das Parlament beaufsichtigt direkt ein anderes Staatsorgan. Dieser Fall findet sich etwa im Falle des Bundesgerichts:



- 9 In diesem Fall geht es einzig um die Frage, was Gegenstand der Aufsicht sein kann resp. welche Begrenzungen sich gegenüber der beaufsichtigten Institution ergeben:



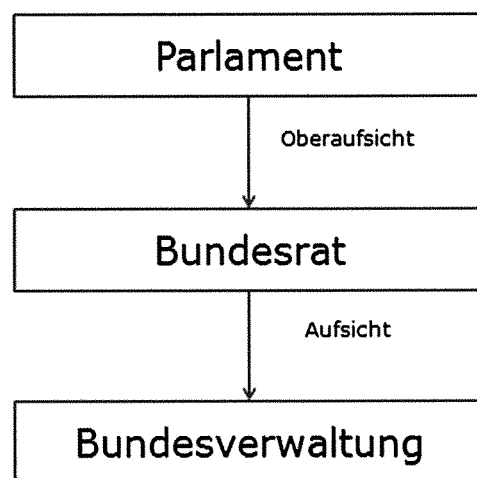
- 10 Die Begrenzungen der Aufsicht – in dieser, aber vor allem in den nachfolgenden Konstellationen – sind Gegenstand des dritten Teils des Gutachtens (vgl. unten Ziff. 31 ff.).

3. Zweistufige Oberaufsicht in hierarchischer Gliederung (Bundesrat und Verwaltung)

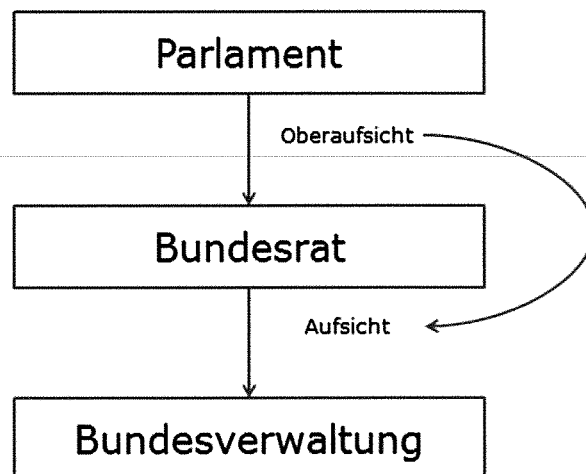
- 11 Die Oberaufsicht des Parlaments ist aber selten auf eine Institution allein gerichtet – auch das Bundesgericht beaufsichtigt etwa das Bundesverwaltungsgericht. Der typische Fall der Aufsicht beschlägt eine Konstellation, in welcher das beauf-

sichtige Organ selbst *Aufsichts- oder Leitungsbefugnisse* ausübt. Die Aufsichts-
befugnisse des Bundesrates über die Verwaltung unterscheiden sich substantiell
von der Obergeraufsicht des Parlaments. Es handelt sich dabei um eine "ständige
und systematische Aufsicht" (Art. 8 Abs. 3 RVOG) mit unmittelbaren *Weisungs-
und Entscheidungsbefugnissen* (vgl. ausführlich PHILIPPE MASTRONARDI, Art. 169 BV, in:
Bernhard Ehrenzeller et al. [Hrsg.], Die Schweizerische Bundesverfassung,
Kommentar, 2. Aufl., Zürich 2008, N. 5).

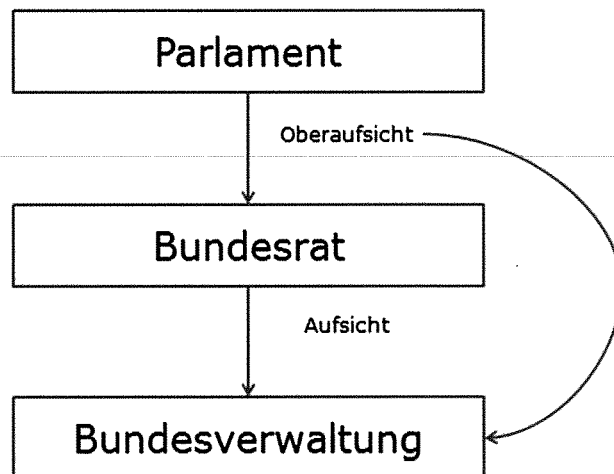
- 12 Die Aufsicht ist zweistufig aufgebaut. Dies trifft auf Bundesrat und Verwaltung
zu:



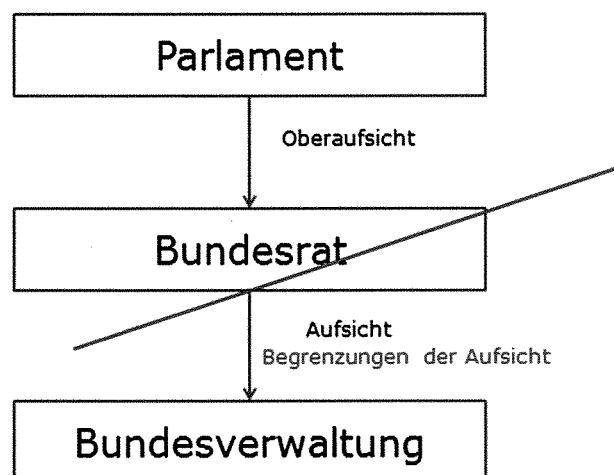
- 13 Klar und unbestritten ist in diesem Verhältnis zunächst, dass der Bundesrat der
Obergeraufsicht des Parlaments untersteht. Unsicherer sind die weiteren Obergerauf-
sichtsbefugnisse des Parlaments. Hier sind zwei weitere Konstellationen zu un-
terscheiden, nämlich die Obergeraufsicht über die Ausübung der Aufsicht und Lei-
tung des Bundesrates gegenüber der Verwaltung und die Obergeraufsicht über die
Verwaltungstätigkeit selbst. Erstere Konstellation ist in folgendem Schema ab-
gebildet:

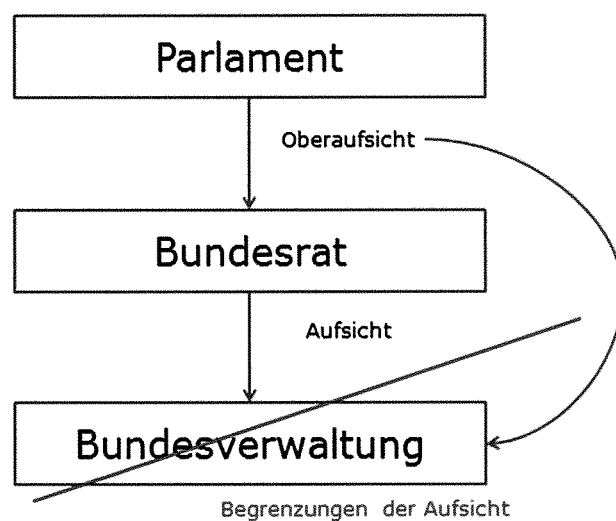
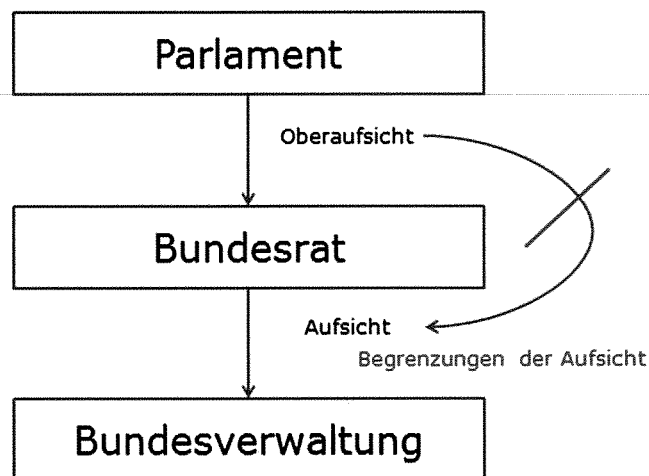


- 14 Hierbei handelt es sich sozusagen um die "Aufsicht über die Aufsicht" (vgl. kritisch zu diesem Begriff GIOVANNI BIAGGINI, Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft, Art. 169 N. 6 mit Verweis auf AUBERT). In diesem Verhältnis werden Oberaufsichtsbefugnisse des Parlaments teilweise verneint: "Gegenstand parlamentarischer Kontrolle sind Regierung und Verwaltung, nicht die Aufsicht der Regierung über die Verwaltung" (ALEXANDER RUCH, Die parlamentarische Kontrolle der mittelbaren Verwaltung im Bund, ZBl 93 [1992], S. 241 ff., 244 m.V.a. Kurt Eichenberger; anders aber THOMAS SÄGESSER, Oberaufsicht der Bundesversammlung, SJZ 109 [2013], S. 125 ff., 127; BIAGGINI, a.a.O., N. 6). Weshalb dieser Bereich von jeder Aufsicht ausgeschlossen sein soll, ist nicht einsichtig. Besteht ein Missstand in der Verwaltung und bleibt der Bundesrat untätig, erscheint dies ohne Weiteres als möglicher Gegenstand einer parlamentarischen Kritik. Im Übrigen dürfte es sehr schwierig sein, die eigene Tätigkeit des Bundesrates – die der Oberaufsicht untersteht – von derjenigen der Verwaltungsführung – die nicht der Oberaufsicht unterstehen soll – abzugrenzen. Der Bundesrat handelt in vielen Fällen durch und über seine Verwaltung. In der Praxis wird diese Einschränkung zu Recht nicht vorgenommen (vgl. Handlungsgrundsätze GPK, S. 291).
- 15 Von dieser "Aufsicht über die Aufsicht" ist die (direkte) Oberaufsicht über die Verwaltung zu unterscheiden. Hier richtet sich der Blick nicht auf eine Tätigkeit des Bundesrates, sondern unmittelbar der Verwaltung:



- 16 Das Problem liegt in dieser Konstellation darin, dass die Oberaufsicht des Parlaments mit der Aufsicht und Leitung des Bundesrates *konkurrenziert*. Die Bundesverwaltung unterliegt in einer gewissen Weise einer *doppelten Kontrolle*. Unbestritten ist hier, dass dem Parlament Oberaufsichtsbefugnisse zukommen, umstritten und unklar ist aber vielfach die Koordinierung von Aufsicht (des Bundesrates) und Oberaufsicht (des Parlaments). Im Grundsatz muss klar sein, dass eine Oberaufsicht des Parlaments sich von der Aufsichts- und Leitungsfunktion des Bundesrates abheben muss und diese nicht substituieren darf. Oberaufsicht des Bundesrates und Aufsicht des Parlaments sind auseinanderzuhalten (vgl. dazu oben Ziff. 11).
- 17 In allen drei Konstellationen sind Begrenzungen der Aufsicht möglich (auf welche später einzugehen ist, vgl. unten Ziff. 31 ff.):



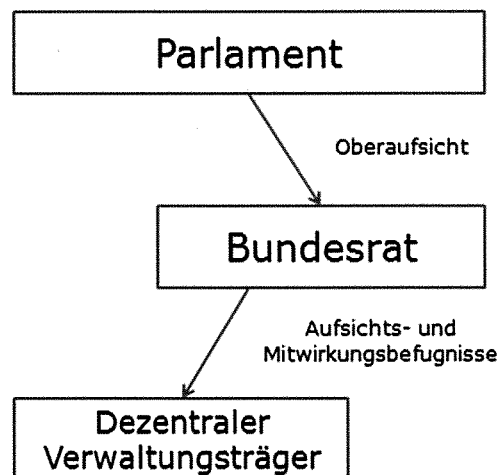


4. Zweistufige Obersaufsicht in dezentraler Gliederung (Bundesrat und ausgegliederte Verwaltungseinheiten)

- 18 Überträgt man nun das zweistufige Modell von Bundesrat und Verwaltung auf dezentrale Verwaltungsträger, so erscheint als wesentlicher Unterschied, dass dezentrale Verwaltungsträger vom Bundesrat nicht wie die Zentralverwaltung geleitet werden. Es besteht kein hierarchisches Verhältnis zwischen Bundesrat und dezentralem Verwaltungsträger, mindestens ist das hierarchische Verhältnis

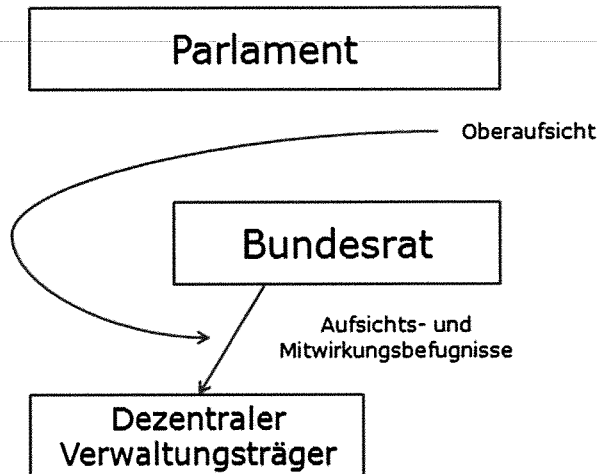
in Einzelbereichen relativiert. Der dezentrale Verwaltungsträger zeichnet sich durch eine gewisse *Autonomie* gegenüber dem Bundesrat aus. "Autonomie" heisst in diesem Sinne Durchbrechung der Aufsichts- und Leitungsbefugnis des Bundesrates. Deshalb wird hier von "Oberaufsicht in dezentraler Gliederung" gesprochen. Die Autonomie kann aus ganz unterschiedlichen Gründen dem dezentralen Verwaltungsträger eingeräumt werden: Schutz vor politischer Einflussnahme zur Gewinnung "richtiger" Resultate, Schutz justizieller und quasi-justizieller Tätigkeiten, Ermöglichung von Flexibilität in der Teilnahme am Marktgeschehen etc.

- 19 Im RVOG wird dieser Unterschied in Art. 8 Abs. 3 und Art. 8 Abs. 4 f. RVOG festgehalten. Hinsichtlich der hierarchisch unterstellten Einheiten übt der Bundesrat "die ständige und systematische Aufsicht" aus (Art. 8 Abs. 3 RVOG; vgl. dazu SÄGESSER, a.a.O., S. 134). Die dezentralen Verwaltungseinheiten überwacht er "nach Massgabe der besonderen Bestimmungen" (Art. 8 Abs. 4 RVOG) und legt gegebenenfalls deren strategische Ziele fest (Art. 8 Abs. 5 RVOG i.d.F. gemäss BG vom 17. Dezember 2010 über die Mitwirkung der Bundesversammlung bei der Steuerung der verselbstständigten Einheiten, in Kraft seit 1. Jan. 2012 [AS 2011 5859]). Hier kommen dem Bundesrat also nicht umfassende Leitungsbefugnisse, sondern *Aufsichts- und Mitwirkungsbefugnisse* zu:



- 20 Wie bei der Zentralverwaltung ist bei den dezentralen Verwaltungsträgern zu klären, worauf nun die Oberaufsicht gerichtet ist. Zu unterscheiden sind wiederum zwei Konstellationen, nämlich die (indirekte) Oberaufsicht über die Aufsichts- und Mitwirkungsbefugnisse des Bundesrates und die (direkte) Oberauf-

sicht über den dezentralen Verwaltungsträger selbst. Ersteres ist in folgendem Schema abgebildet:



Gemeinhin wird davon ausgegangen, dass dem Parlament über die Wahrnehmung der Aufsichts- und Mitwirkungsbefugnisse des Bundesrates die Oberaufsicht zukommt. Dies ist einleuchtend, wenn man wie hier die Oberaufsicht des Parlaments über die Aufsichts- und Leitungsfunktion des Bundesrates gegenüber der Zentralverwaltung bejaht (vgl. dazu oben Ziff. 13).

- 21 Unsicherheiten bestehen über den genauen Gegenstand der Oberaufsicht. Corporate Governance Bericht und Erläuternder Bericht des EFV verstehen die Oberaufsicht offenbar in erster Linie als Aufsicht über die Wahrnehmung der *Eignerinteressen* und sind damit stark auf diese – strategischen – Mitwirkungs- und Aufsichtsbefugnisse gerichtet (vgl. die kritische Aufarbeitung im Gutachten MÜLLER/VOGEL, S. 653 f.; ANDREAS LIENHARD, Steuerung und Kontrolle ausgelagerter Verwaltungsträger durch das Parlament, Parlament 11 [2008], Heft 11, S. 5 ff., 8 fordert eine Konzentration der parlamentarischen Steuerung von öffentlichen Unternehmen "auf mittel- und langfristige Inhalte politisch-strategischen Ausmasses."). Diese Sicht greift nach der Ansicht MÜLLER/VOGEL zu kurz und beachtet nur ungenügend die Mitwirkungs- und Aufsichtsbefugnisse des Bundesrates gemäss einzelnen Organisationserlassen (so Gutachten MÜLLER/VOGEL, S. 654). In der Tat scheint eine primär auf die strategischen Ziele beschränkte Oberaufsicht zu restriktiv und trägt den vielfältigen Einflussmöglichkeiten des Bundesrates auf die dezentralen Verwaltungsträger nur ungenügend Rechnung. Der Konflikt entschärft sich, wenn man unter "Eignerinteressen" nicht nur eine Kontrolle der strategischen Ziele versteht. So hielten die Geschäftsprü-

fungskommissionen anlässlich der Neuorientierung der Oberaufsicht über Post, Swisscom und SBB Folgendes fest (Bericht der Geschäftsprüfungskommissionen der eidgenössischen Räte über ihre Tätigkeit von Mai 1999 bis Mai 2000 vom 23. Mai 2000, BBl 2000, 4601 ff., 4602 f.):

"Gegenstand der Oberaufsicht ist die Frage, ob der Bundesrat die Eignerinteressen des Bundes wahrgenommen hat. Betroffen sind dabei nicht nur die dem Bundesrat übertragenen Eigneraufgaben im engeren Sinn (Genehmigung des Geschäftsberichts und Rechnung, Vornahme von Wahlen, Festlegung und Kontrolle der Ziele). Als Eigner (Eigentümer bzw. Hauptaktionär) muss sich der Bund und somit der Bundesrat auch Rechenschaft über alle Ereignisse geben, die das ordentliche Funktionieren der Unternehmen beeinträchtigen könnte."

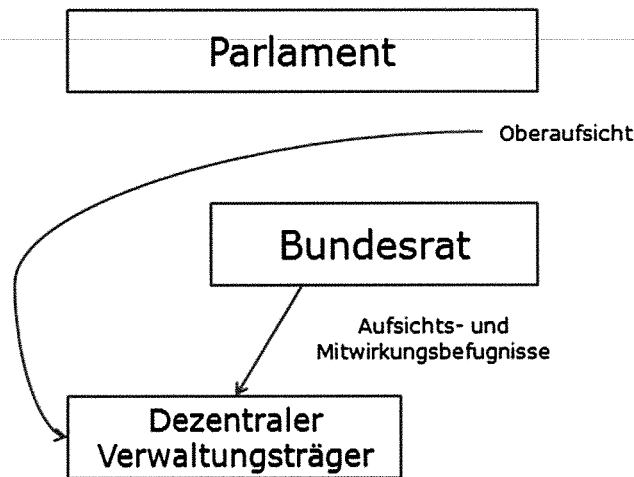
Allerdings hat sich die Finanzkommission des Nationalrates im Rahmen der Parlamentarischen Initiative zu den strategischen Zielen der verselbstständigten Einheiten (Bericht der Finanzkommission des Nationalrates vom 29. März 2010, BBl 2010 3377 ff., 3388) wiederum enger geäußert:

"Die bisherigen Erfahrungen der Geschäftsprüfungs- und Finanzkommissionen im Bereich der Oberaufsicht zeigen, dass in der Praxis nicht immer ganz klar ist, was noch als strategisch zu betrachten ist – und damit in den Bereich der parlamentarischen Einflussnahme fällt – und was bereits als operativ bezeichnet werden muss, und so zwar – soweit politisch relevant – Anlass für eine Frage im Rahmen einer Kommissionssitzung sein kann, aber nichts mehr mit der parlamentarischen Oberaufsicht über eine Organisation oder Unternehmung zu tun hat."

Die (weitere) Perspektive der Geschäftsprüfungskommissionen erscheint mir sachgerechter. Strategische Ziele sind ein wichtiger Teil der Oberaufsicht, aber nicht die ganze Oberaufsicht.

- 22 Erschwerend kommt bei dezentralen Verwaltungsträgern hinzu, dass teilweise ein *gemeinsames Handeln* von Bundesrat und dezentralem Verwaltungsträger notwendig ist. So werden strategische Ziele teilweise vom dezentralen Verwaltungsträger vorgeschlagen und vom Bundesrat genehmigt. Die Verantwortung liegt bei beiden Organen. Hier kann die Oberaufsicht sozusagen beide Seiten des Vorgangs beleuchten, also das Handeln des Bundesrates und das Handeln des dezentralen Verwaltungsträgers. Es entsteht dadurch eine Kombination der Oberaufsicht aus einer Aufsicht über die Aufsicht und einer Oberaufsicht über den dezentralen Verwaltungsträger selbst – ob auch Letzteres zulässig ist, bleibt zu diskutieren (vgl. unten Ziff. 23 ff.). Noch pointierter stellt sich die Frage der parlamentarischen Oberaufsicht dort, wo die ausgelagerte Einheit selbst ihre strategischen Ziele selbst festlegt (vgl. Art. 6 Abs. 6 lit. a ENSIG) oder strategische Ziele im vorstehend diskutierten Sinne fehlen (vgl. Art. 6 NBG).

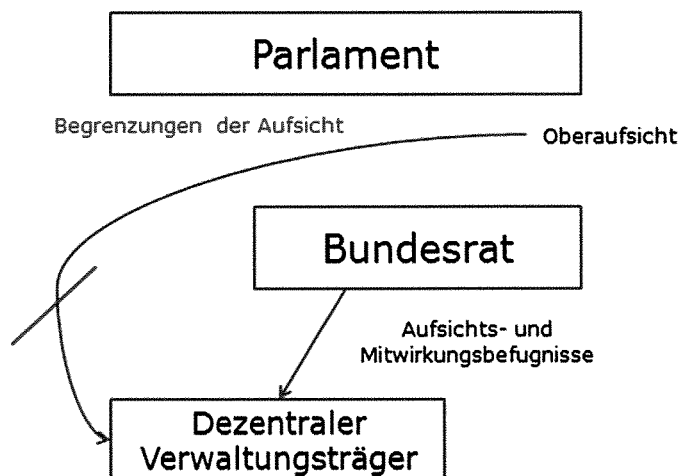
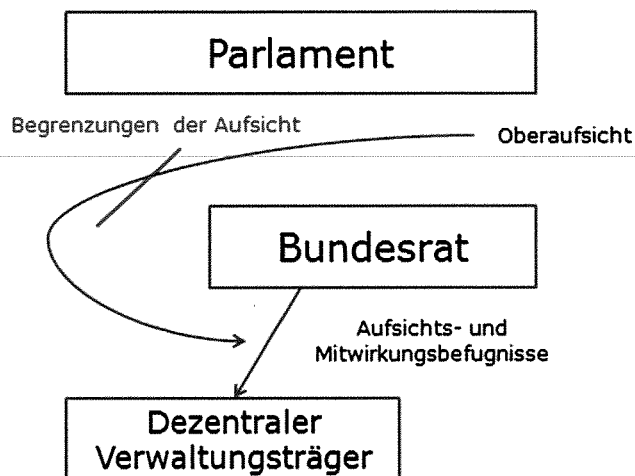
- 23 Schliesslich ist die Oberaufsicht über den dezentralen Verwaltungsträger selbst zu betrachten:



- 24 Wesentlich ist hier, dass nicht oder nicht in gleichem Masse eine Konkurrenzsituation zwischen Oberaufsicht des Parlaments und Aufsicht des Bundesrates besteht (vgl. dazu oben Ziff. 16). Diese Konkurrenzsituation mag in gewissen Bereichen bestehen; die Autonomie des dezentralen Verwaltungsträgers verlangt aber per definitionem einen gewissen (Autonomie-)Bereich, der dem direkten Einfluss der Exekutive entzogen ist.
- 25 Die Frage ist nun, ob der autonome Bereich auch der parlamentarischen Oberaufsicht entzogen ist oder nicht. Geht die parlamentarische Oberaufsicht nur soweit, als auch Einflussmöglichkeiten des Bundesrates gegeben sind? Ist die Oberaufsicht sozusagen von der Aufsicht (verstanden als Einflussmöglichkeiten) des Bundesrates abhängig? Die Praxis erscheint ambivalent: Wenn sich die Geschäftsprüfungskommissionen offenbar auf die "Aufsicht des Bundesrates über diese Träger *konzentrieren*" (Handlungsgrundsätze GPK, S. 291, Hervorhebung nur hier; ähnlich Bericht der Geschäftsprüfungskommission des Ständerates vom 25. August 2004 betreffend Probleme von Swissmedic anlässlich der Inbetriebnahme und Beurteilung der heutigen Lage, BBl 2005, 273 ff., 284), bedeutet die "Konzentration" doch eben noch keinen generellen Ausschluss und erscheint schon deswegen naheliegend, weil spezialgesetzliche Ausschlüsse der Oberaufsicht regelmässig in den Bereichen angesiedelt sind, wo auch eine Aufsicht durch den Bundesrat unzulässig ist. In der Lehre finden sich unterschiedliche Äusserungen. Tendenziell wird die Auffassung geäussert, die Oberaufsicht reiche "gleich weit wie die Rechenschafts- bzw. Aufsichtspflicht des Bundesrates und

dessen Möglichkeit, Weisungen zu erteilen" (LIENHARD, a.a.O., S. 8); die Oberaufsicht des Parlaments sei "akzessorisch" oder "kongruent" zur Aufsicht des Bundesrates (Gutachten MÜLLER/VOGEL, S. 649 m.w.H.). Dafür kann etwa vorgebracht werden, Art. 169 Abs. 1 BV nenne "den Bundesrat und die Bundesverwaltung" in einem Atemzug – die ebenfalls in Art. 169 Abs. 1 BV genannten "anderen Träger von Aufgaben des Bundes" meinen dort offenbar auch die Kantone (BIAGGINI, a.a.O., N. 12). Oft wird aber betont, es gebe "keine Staatstätigkeit, die nicht der parlamentarischen Kontrolle unterliegt" (LIENHARD, a.a.O., S. 8). Reicht aber die Oberaufsicht tatsächlich nicht über die Aufsichts- und Mitwirkungsbefugnisse des Bundesrates hinaus resp. ist sie an diese gekoppelt, sind gewisse Bereiche der Verwaltungstätigkeit dem Parlament entzogen. Es entstehen *blinde Flecken* (vgl. zum Begriff BERNHARD EHRENZELLER, Zum Verhältnis Parlament – Regierung, Ausgewählte Fragen am Beispiel der bernischen Parlamentsreform, AJP 2013, S. 782 ff., 794).

- 26 Geht man mit Blick auf Art. 169 BV davon aus, dass grundsätzlich jede Staatstätigkeit der Oberaufsicht unterstellt ist (so auch SÄGESSER, a.a.O., S. 127; BIAGGINI, a.a.O., N. 3), ist zu hinterfragen, ob in diesem Bereich tatsächlich jede Oberaufsicht ausgeschlossen sein soll und ob die Befugnisse des Parlaments tatsächlich in jedem Fall durch die Befugnisse des Bundesrates eingegrenzt sind. Das Parlament ist ja beispielsweise auch bezüglich der Oberaufsicht über die Gerichte, Bundesanwaltschaft und Aufsichtsbehörde über die Bundesanwaltschaft nicht von den Aufsichtsbefugnissen des Bundesrates abhängig. Ein weitergehendes Verständnis der Oberaufsicht schliesst nicht aus, dass gewisse Bereiche der dezentralen Verwaltungstätigkeit tatsächlich jeder Aufsicht und damit auch der Oberaufsicht des Parlaments entzogen werden. Tatsächlich dürfte in vielen Fällen mit dem Ausschluss der (politischen) Einflussnahme des Bundesrates auch der Ausschluss einer (politischen) Kontrolle durch das Parlament intendiert sein. Weshalb aber der Ausschluss von bundesrätlicher Aufsicht und Mitwirkung automatisch immer die Oberaufsicht mitausschliessen soll, erscheint mir mindestens nicht zwingend. Umfang und Ausschluss der Oberaufsicht sind meines Erachtens in erster Linie eine Frage der *Spezialgesetzgebung*.
- 27 Auch bei dezentralen Verwaltungsträgern sind in diesem Zusammenhang Begrenzungen zu berücksichtigen, und zwar wiederum Begrenzungen in der Oberaufsicht über die Tätigkeit des Bundesrates gegenüber und mit dem dezentralen Verwaltungsträger zusammen und der Oberaufsicht über den dezentralen Verwaltungsträger selbst:



Auf die Begrenzungen ist sogleich näher einzugehen (vgl. unten Ziff. 31 ff.).

5. Würdigung

- 28 Hinsichtlich des Gegenstandes parlamentarischer Oberaufsicht bestehen verschiedene Unsicherheiten. Bereits bei der traditionellen Oberaufsicht des Parlaments über Bundesrat und Zentralverwaltung werden unterschiedliche Meinungen geäußert (aber nicht immer hinreichend klargestellt). Diese Differenzen potenzieren sich bei der Oberaufsicht über dezentrale Verwaltungsträger.

- 29 Wesentlich erscheint in dieser Hinsicht vor allem die Frage, ob der dezentrale Verwaltungsträger selbst, losgelöst von der Aufsicht und Mitwirkung des Bundesrates, der Obergeraufsicht des Parlaments untersteht, oder ob und wie die Obergeraufsicht des Parlaments an die Aufsicht und Mitwirkung des Bundesrates gekoppelt ist (vgl. oben Ziff. 23 ff.). Diese Grundfrage ist meines Erachtens ungeklärt. Es mag sein, dass sich bei der Betrachtung der spezialgesetzlichen Grundlagen die Differenzen einebnen – dies wenn der Gesetzgeber mit dem Ausschluss der Leitung des Bundesrates und Schutz von dessen Einflussnahme auch den Einfluss des Parlaments zurückdrängen wollte. Es ist aber auch denkbar, dass diese Grundfrage latent hinter vielen Konflikten steht – so etwa hinsichtlich der Informationsrechte des Parlaments (vgl. unten Ziff. 35 f.). Gesteht man dem Parlament nämlich gegenüber den dezentralen Verwaltungsträgern weitergehende Informationsrechte als dem Bundesrat zu, fordert man aber gleichzeitig die Begrenzung der Obergeraufsicht des Parlaments auf die Mitwirkungs- und Aufsichtsbefugnisse des Bundesrates, entsteht eine seltsame Asymmetrie zwischen dem, was das Parlament wissen kann und dem, was es beeinflussen kann. Für die vorliegenden weiteren Überlegungen wird davon ausgegangen, dass grundsätzlich die gesamte Staatstätigkeit der Obergeraufsicht des Parlaments untersteht.
- 30 Überlagert wird die Frage einer an die Befugnisse des Bundesrates gekoppelten oder eben nicht gekoppelten Obergeraufsicht des Parlaments mit Differenzen über den Gegenstand der Obergeraufsicht, genauer gesagt über die Frage, ob die Obergeraufsicht des Parlaments bei dezentralen Verwaltungsträgern in erster Linie auf strategische Fragen beschränkt ist oder nicht. Muss der dezentrale Verwaltungsträger Rechenschaft über "mittel- und langfristige Inhalte politisch-strategischen Ausmasses" ablegen oder "über alle Ereignisse [...], die das ordentliche Funktionieren der Unternehmen beeinträchtigen könnten" (vgl. oben Ziff. 21)? Mit Blick auf die differenzierten Mitwirkungsmöglichkeiten des Bundesrates und damit des Parlaments bei den dezentralen Verwaltungsträgern halte ich Letzteres für zutreffender; die Frage ist aber umstritten.

III. BEGRENZUNGEN DER OBERAUFSICHT

1. Allgemeine Begrenzungen

- 31 Nach der hier vertretenen Auffassung gibt es somit keine Bereiche der Staatstätigkeit, die von vornherein von der Oberaufsicht ausgeschlossen sind. Umso wichtiger erscheint es, dass das Parlament seine Befugnisse verantwortungsbewusst wahrnimmt. Zu beachten sind meines Erachtens folgende Grundsätze:
- *Vorrang der Aufsicht vor der Oberaufsicht:* In verschiedenen Konstellationen können sich zwischen Aufsicht, Leitung und Mitwirkung des Bundesrates einerseits und der Oberaufsicht des Parlaments Überschneidungen und Konkurrenzen ergeben (vgl. oben Ziff. 16). Die Befugnisse des Bundesrates (Art. 174 BV; Art. 8 RVOG) dürfen nicht durch eine ausufernde Wahrnehmung der Oberaufsicht ausgehöhlt werden. Oberaufsicht dient der "Gewaltenhemmung" der Regierung (KIENER, a.a.O., § 18 N. 41), nicht der Gewaltenattraktion durch das Parlament.
 - *Nachträgliche, nicht begleitende Aufsicht:* Die Aufsicht sollte grundsätzlich nachträglich sein (vgl. Gutachten MÜLLER/VOGEL, S. 650; RUCH, a.a.O., S. 244). Diese Ansicht ist indessen nicht unbestritten und steht im Widerspruch zur Praxis der Geschäftsprüfungskommissionen (vgl. Handlungsgrundsätze GPK, S. 291; ebenfalls eher weitergehend BIAGGINI, a.a.O., N. 4; REGINA KIENER, in: Giovanni Biaggini/Thomas Gächter/Regina Kiener [Hrsg.], Staatsrecht, § 18 N. 43; ausführlich MASTRONARDI, a.a.O., N. 10 ff.). Das Parlament soll meines Erachtens nicht mitentscheiden, sondern nachträglich beurteilen. Dies gilt auch für die Überwachung strategischer Ziele (weitergehend wohl LIENHARD, a.a.O., S. 9). Im geltenden Gesetzesrecht findet sich diese Differenzierung indessen nicht. Entsprechende Vorschläge wurden nicht aufgenommen, da nach Meinung des Parlaments nicht klar zwischen begleitender und nachträglicher Kontrolle unterschieden werden könne und auch eine begleitende Kontrolle nicht automatisch Mitbestimmung bedeute (vgl. dazu PI Präzisierung der Informationsrechte der Aufsichtskommissionen, Bericht der Geschäftsprüfungskommission des Ständerates vom 3. Dezember 2010, BBl 2011, 1817 ff., 1822). In der Tat ist gerade bei lang dauernden oder permanenten Problemlagen eine Differenzierung schwierig. Gleichwohl sollte der Fokus der Oberaufsicht auf einer nachträglichen Beurteilung des Handelns der beaufsichtigten Organe

liegen, weil Begleitung auch immer Mitwissen und damit eine gewisse Mitverantwortung mit sich bringt. Die Unbefangenheit der Aufsicht kann getrübt sein, wenn Kommissionen von Vorgängen in der Verwaltung gewusst, dagegen aber nicht opponiert haben.

- *Generelle, nicht konkrete Aufsicht:* Die Oberaufsicht blickt typischerweise nicht auf den Einzelfall, sondern nimmt eine generelle, abstraktere Beurteilung vor. Das Parlament sollte im Rahmen der Oberaufsicht eine gewisse "Mindestflughöhe" einhalten (MASTRONARDI, N. 16, spricht von "stufengerechter Zurückhaltung"; das Gutachten MÜLLER/VOGEL, S. 652, von einer "distanziert-politischen Beurteilung"). Natürlich lassen sich gewisse Vorgänge nur mit Blick auf den Einzelfall beurteilen und kann ein Einzelfall von so grosser Bedeutung sein, dass er eine genaue Prüfung im Rahmen der Oberaufsicht rechtfertigt. Zu Recht befassen sich die Geschäftsprüfungskommissionen auch mit Einzelfällen, "soweit diese eine *systematische Bedeutung* aufweisen" (Handlungsgrundsätze GPK, S. 292). Der Gesichtswinkel einer generellen Aufsicht darf aber nicht aus den Augen verloren werden.
- *Politische, nicht justizielle Aufsicht:* Zusammenhängend mit dem vorangehenden Punkt darf die Oberaufsicht nicht zu einem Rechtsmittelverfahren werden (RUCH, S. 245). Justizielle und justizähnliche Funktionen sind in ihrer Unabhängigkeit zu respektieren; "die inhaltliche Kontrolle richterlicher Entscheide ... ist ausgeschlossen" (Art. 26 Abs. 4 ParlG).
- *Verhältnismässigkeit:* Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit bindet die gesamte Staatstätigkeit (Art. 5 Abs. 2 BV). Mit Bezug auf die Oberaufsicht bedeutet dies, dass das Parlament und seine Kommissionen und Delegationen zwar vieles sehen und verlangen können, dies aber nicht unbedingt tun sollten. Der Datenhunger des Parlaments muss verhältnismässig sein; bindet der Aufwand zur Befriedigung der Informationsbedürfnisse des Parlaments wesentliche Ressourcen des Verwaltungsträgers, liegt ein Indiz vor, dass die Oberaufsicht nicht mehr verhältnismässig ausgeübt wird (ähnlich MASTRONARDI, a.a.O., N. 4).
- *Schutz interner Entscheidungsprozesse:* Alle beaufsichtigten Organe haben Anspruch darauf, dass sie sich im Rahmen der Entscheidungsfindung frei äussern können. Es geht um den Schutz eines "eigenständigen Beratungsgebietes" (EHRENZELLER, a.a.O., S. 794). Für den Bundesrat ist die (wichtige)

Fragestellung nunmehr geklärt worden (vgl. Art. 153 Abs. 6 ParlG i.d.F. vom 17. Juni 2011, wonach nur Bundesratsprotokolle der Einsicht entzogen sind – beschränkter demgegenüber die Einsichtsrechte der anderen Kommissionen gemäss Art. 150 Abs. 2 lit a ParlG, wonach Bundesratsprotokolle *und Mitberichte* nicht eingesehen werden können). In der früheren Fassung von Art. 153 Abs. 4 ParlG hatten Aufsichtskommissionen "keinen Anspruch auf Einsichtnahme in Unterlagen, die der unmittelbaren Entscheidungsfindung des Bundesratskollegiums dienen" (vgl. dazu Bericht Informationsrechte, S. 1820). Die Änderung im Parlamentsgesetz ist meines Erachtens aber kein Abrücken, sondern eine Präzisierung des Schutzes interner Entscheidungsprozesse.

- *Geheimniswahrung*: Oberaufsicht soll politische Verantwortung "sichtbar" machen (KIENER, a.a.O., § 18 N. 41 m.V.a. TSCHANNEN). Dies steht in einem Spannungsverhältnis zur Vertraulichkeit gewisser staatlicher Informationen. Zur Wahrung von Geheimnissen hat deshalb der Gesetzgeber ein Kaskadensystem geschaffen, an dessen Spitze – vorbehaltlich des Sonderfalls parlamentarischer Untersuchungskommissionen PUK – die Geschäftsprüfungsdelegationen stehen (vgl. dazu unten Ziff. 35 f.). Ihnen können schon von Verfassung wegen keine Geheimhaltungspflichten entgegengesetzt werden (Art. 169 Abs. 2 BV).

2. Spezifische Begrenzungen

- 32 Gerade bei den dezentralen Verwaltungsträgern müssen die Begrenzungen der Oberaufsicht *im Lichte der Spezialbegrenzung* abgeklärt werden. Zu klären sind insbesondere die *Motive des Gesetzgebers für die Dezentralisierung*. Die Autonomie des dezentralen Verwaltungsträgers kann sehr unterschiedlich begründet sein (vgl. oben Ziff. 18; ausführlich Gutachten MÜLLER/VOGEL, S. 650 f.). Sie muss wegleitend sein, wenn es darum geht, den Umfang der Oberaufsicht gegenüber dem dezentralen Verwaltungsträger präzise zu umreissen.
- 33 Der Gesetzgeber kann selbstverständlich auch die vorstehend diskutierten allgemeinen Begrenzungen der Oberaufsicht präzisierend festlegen. Schutz der Geheimniswahrung, Schutz justizieller Funktionen, Schutz interner Entscheidungsprozesse etc. können allesamt vom Gesetzgeber in der Spezialgesetzgebung aufgenommen und geregelt werden. Der Spezialgesetzgebung gebührt in diesem Fall Vorrang.

IV. MITTEL UND ADRESSATEN DER OBERAUFSICHT

1. Mittel der Oberaufsicht, insbesondere Informationsrechte

- 34 Die Oberaufsicht soll "die Transparenz ... gewährleisten, welche sicherstellt, dass der exekutive Entscheidungskreis dem parlamentarischen verantwortlich bleibt" (MASTRONARDI, a.a.O., N. 3). Dazu müssen die zuständigen Organe Informationen sammeln und verarbeiten, um über allfällige Missstände berichten zu können. Dem Parlament fehlen Sanktionsinstrumente wie Weisungen und Disziplinarmassnahmen (KIENER, a.a.O., § 18 N. 46); in der Regel werden an die verantwortlichen Behörden *Empfehlungen* gerichtet (Art. 158 ParlG).
- 35 Damit kommt den *Informationsrechten* des Parlaments entscheidende Bedeutung zu (vgl. zu den anderen Instrumenten Jahresbericht 2012 der Geschäftsprüfungskommissionen und der Geschäftsprüfungsdelegation der eidgenössischen Räte vom 24. Januar 2013, BBl 2013, 3513 ff., 3525; im Folgenden: "Jahresbericht 2012"). Diese sind wie eine Kaskade aufgebaut (vgl. dazu Bericht Informationsrechte, S. 1821). Die unterste Stufe, d.h. die Stufe mit den schwächsten Informationsrechten, bilden die Informationsrechte der Ratsmitglieder (Art. 7 ParlG). Danach folgen die Informationsrechte der Legislativkommissionen und weiterer Kommissionen (Art. 150 ParlG), die Informationsrechte der Aufsichtskommissionen (Art. 153 ParlG) und der Delegationen der Aufsichtskommissionen (Art. 154). Die weitestgehenden Informationsrechte kommen einer Parlamentarischen Untersuchungskommission (PUK) zu (Art. 166 ParlG). Die Rechte der Delegationen haben sich denjenigen einer PUK allerdings stark angenähert.
- 36 Auf Verfassungsstufe verweist Art. 153 Abs. 4 BV im Wesentlichen auf die Bestimmungen im Gesetz. Dort regelt Art. 153 ParlG die Informationsrechte der Aufsichtskommissionen. Diese haben das Recht, "mit allen Behörden, Amtsstellen und übrigen Trägern von Aufgaben des Bundes direkt zu verkehren und von ihnen in Anwendung von Artikel 156 zweckdienliche Auskünfte und Unterlagen zu erhalten" (Art. 156 Abs. 1 ParlG). Dies gilt auch gegenüber Personen, die zum Zeitpunkt der Untersuchung nicht mehr beim Bund beschäftigt sind (Art. 153 Abs. 2 ParlG; vgl. zu dieser Ergänzung Bericht Informationsrechte, S. 1829). Die Kommissionen können von Personen und Amtsstellen ausserhalb der Bundesverwaltung Auskünfte einholen und Unterlagen verlangen (Art. 153 Abs. 2 ParlG). Besondere Regeln bestehen für den Umgang mit dem Bundesrat

(Art. 153 Abs. 5 u. 6 ParlG). Die Aufsichtskommissionen treffen Vorkehrungen für den Geheimnisschutz und setzen gegebenenfalls eine Delegation ein (Art. 153 Abs. 7 ParlG). Bereits auf Verfassungsstufe ist festgehalten, dass den Geschäftsprüfungsdelegationen keine Geheimhaltungspflichten entgegengehalten werden können (Art. 169 Abs. 2 BV; vgl. zu den Einzelheiten Art. 154 ParlG).

2. Adressaten der Oberaufsicht

37 Bei den Adressaten der Oberaufsicht geht es um die Frage, an wen die Empfehlungen der Geschäftsprüfungskommissionen zu richten sind und wie allenfalls weitere Betroffene ins Verfahren einzubeziehen sind. Teilweise wird zum Empfänger der Berichte der Geschäftsprüfungskommissionen apodiktisch festgehalten, dass Adressaten der Oberaufsicht der Bundesrat und die eidgenössischen Gerichte seien, nicht aber andere Verwaltungsträger (Gutachten MÜLLER/VOGEL, S. 653). Verwiesen wird dabei auf den Verfassungswortlaut von Art. 169 Abs. 1 BV, wonach "Bundesrat und die Bundesverwaltung" als Einheit genannt werden (vgl. dazu oben Ziff. 25).

38 Diese Auffassung leuchtet ohne Weiteres ein, soweit es um die Zentralverwaltung des Bundes geht. Die Oberaufsicht konkurrenziert in diesem Bereich mit der Leitung und Aufsicht des Bundesrates (vgl. oben Ziff. 16) und hat diese zu respektieren (vgl. oben Ziff. 31, erster Spiegelstrich). Ausdruck dieses Respekts ist die Adressierung allfälliger Kritik an den Bundesrat. Die Oberaufsicht über die Bundesverwaltung wird durch den Bundesrat "mediatisiert" (BIAGGINI, a.a.O., N. 6).

Dies schliesst direkte Kontakte der Aufsichtskommissionen mit der Verwaltung nicht aus (Art. 153 Abs. 1 ParlG). Die Aufsichtskommissionen geben der betroffenen Behörde "Gelegenheit zur Stellungnahme, bevor eine Aufsichtskommission oder ihre Delegation über Mängel in der Geschäftsführung oder in der Führung des Finanzhaushaltes Bericht erstattet" (Art. 157 ParlG). Die betroffene Stelle muss mit der verantwortlichen Behörde nach Art. 158 ParlG nicht übereinstimmen; dies ist in der Regel der Bundesrat.

39 Schwierigkeiten ergeben sich augenscheinlich, wenn man dieses Modell auf dezentrale Verwaltungsträger anwendet. Diese unterstehen im Autonomiebereich nicht der Leitung durch den Bundesrat. Werden in dieser Konstellation dem Bundesrat Empfehlungen abgegeben, die er aufgrund der rechtlichen Ausgangslage gar nicht umsetzen kann, erscheint der Bundesrat als untauglicher Adressat.

Leitmotiv der Oberaufsicht muss sein, dass derjenige, der angesprochen wird, über die notwendigen Entscheidungsbefugnisse verfügt, um den kritisierten Zustand zu ändern. Dieses findet im Gesetz insofern eine Entsprechung, als Art. 158 ParlG von einer "Empfehlung an die verantwortliche Behörde" spricht. Kann der Bundesrat nichts ändern, ist er nicht verantwortlich i.S.v. Art. 158 Abs. 1 ParlG.

- 40 Erscheint der Bundesrat nicht als geeigneter Adressat von Empfehlungen der Geschäftsprüfungskommissionen, gelangt man wiederum zur Frage, ob auch das Handeln des dezentralen Verwaltungsträgers selbst Gegenstand der Oberaufsicht ist oder nicht (vgl. zu diese Diskussion oben Ziff. 23 ff. u. Ziff. 29). Bejaht man wie dargelegt die Möglichkeit einer Oberaufsicht ausserhalb des Einflussbereiches des Bundesrats, ergibt sich eine stimmige Konzeption des Adressaten der Oberaufsicht dadurch, dass man in diesem Bereich von einer *Substitution des Bundesrates durch das zuständige Leitungsorgan* (Verwaltungsrat, Stiftungsrat etc.) des dezentralen Verwaltungsträgers ausgeht. An das Leitungsorgan haben sich die Empfehlungen der Kommissionen zu richten, weil dieses Organ aufgrund seiner Führungszuständigkeit den kritisierten Zustand beheben kann. (Denkbar ist auch, dass nicht das Leitungsorgan, sondern der Verwaltungsträger allgemein angesprochen wird.) Verneint man die Möglichkeit einer Oberaufsicht ausserhalb des Einflussbereiches des Bundesrates, müsste konsequenterweise auch davon abgesehen werden, dem dezentralen Verwaltungsträger resp. seinem Leitungsorgan Empfehlungen abzugeben – was nicht der Aufsicht untersteht, ist auch nicht Gegenstand von Berichten und Empfehlungen. Bei dieser Konzeption der Oberaufsicht ist in der Tat der Bundesrat – und nur er – Adressat der Oberaufsicht.
- 41 Befürwortet man ein weiteres Verständnis der Oberaufsicht, dürfte sich die Frage stellen, wie der Fall zu beurteilen ist, wenn das Handeln des dezentralen Verwaltungsträgers vom Bundesrat zu genehmigen ist (oder der Bundesrat in anderer Form Mitwirkungs- und Aufsichts-befugnisse besitzt), also Verwaltungsträger und Bundesrat zusammen agieren. Besteht in diesem Sinne eine gemeinsame Verantwortung von Bundesrat und dezentralem Verwaltungsträger, sollten bei Empfehlungen auch beide angesprochen werden. "Verantwortliche Behörde" i.S.v. Art. 158 ParlG können meines Erachtens auch Bundesrat *und* Leitungsorgan des dezentralen Verwaltungsträgers sein. (Dankbar wäre sogar, dass innerhalb des dezentralen Verwaltungsträgers weitere Differenzierungen notwendig wären, etwa zwischen Geschäftsleitungsorgan und Aufsichtsorgan. In den meisten Fällen dürfte aber dem Aufsichtsorgan des dezentralen Verwaltungsträgers eine hinrei-

chende Kompetenz zukommen, um die notwendigen Schritte einzuleiten). Diese Problemstellung ergibt sich aber wie ausgeführt nur dann, wenn das Parlament tatsächlich Aufsichtsbereiche abdeckt, die dem bundesrätlichen Einfluss entzogen sind.

V. OBERAUFSICHT ÜBER DIE FINMA

1. "Indirekte" Oberaufsicht des Parlaments

- 42 Im FINMAG ist der Aufsicht über die FINMA ein eigener Artikel gewidmet. Art. 21 FINMAG steht unter dem (nur diesen Artikel umfassenden) Abschnitt "Unabhängigkeit und Aufsicht" und lautet wie folgt:

¹ *Die FINMA übt ihre Aufsichtstätigkeit selbstständig und unabhängig aus.*

² *Sie erörtert mindestens einmal jährlich mit dem Bundesrat die Strategie ihrer Aufsichtstätigkeit sowie aktuelle Fragen der Finanzplatzpolitik.*

³ *Sie verkehrt mit dem Bundesrat über das Eidgenössische Finanzdepartement.*

⁴ *Die eidgenössischen Räte üben die Oberaufsicht aus."*

- 43 Art. 21 FINMAG entspricht dem Vorschlag des Bundesrates (BBI 2006, 2917 ff., 2923). Von Interesse ist im vorliegenden Zusammenhang zunächst Art. 21 Abs. 4 FINMAG, worin die Oberaufsicht direkt angesprochen wird. Der Bundesrat hält dazu fest (Botschaft zum Bundesgesetz über die Eidgenössische Finanzmarktaufsicht vom 1. Februar 2006, BBI 2006, 2829 ff., 2873):

"Im Rahmen der parlamentarischen Oberaufsicht über Anstalten und Unternehmungen des Bundes wird geprüft, ob der Bundesrat die Interessen des Eigners wahrgenommen hat. Die Oberaufsicht bezieht sich dabei nicht nur auf die dem Bundesrat auf diesem Gebiet übertragenen Aufgaben im engeren Sinn (z.B. Wahlen, Festlegung und Kontrolle der Ziele), sondern auch auf die Aufsichtsfunktion, die der Bund auszuüben hat. Mit anderen Worten: Die Oberaufsicht beschäftigt sich nicht mehr mit den operativen Tätigkeiten der dezentralen Einheiten (direkte Oberaufsicht), sondern konzentriert sich auf die Art und Weise, wie der Bundesrat und die Vertreterinnen und Vertreter des Bundes diese Einheiten verwalten und überwachen (indirekte Oberaufsicht)."

Mit Blick auf die vorstehenden allgemeinen Ausführungen lässt sich festhalten, dass der Bundesrat davon ausgegangen ist, dass die Oberaufsicht von der Aufsicht des Bundesrates *abhängig* resp. an diese *gekoppelt* ist. Wo der Bundesrat keine Einwirkungsbefugnisse hat, besteht auch keine Oberaufsicht des Parlaments. Der Begriff der Eignerstrategie wird dabei im bereits diskutierten, weiten Sinn verstanden (vgl. dazu oben Ziff. 21).

- 44 In der parlamentarischen Debatte wurde die Frage der Oberaufsicht thematisiert, allerdings nur im Rahmen des Eintretens und soweit ersichtlich kaum kontrovers. Im Nationalrat führte NR LEUTENEGGER OBERHOLZER für die Kommission nach Darlegung der Unabhängigkeit der FINMA Folgendes aus (AB 2007 N 64 f.; zur finanziellen Aufsicht vgl. Votum NR BÜHRER, AB 2007 N 72 f.):

"Wie steuert die Politik? Auch diese Frage war Gegenstand einer breiten Diskussion in der Kommission. Die Steuerung erfolgt formell durch das Gesetz und die Verordnungen und im Einzelfall über die Anwendung durch die Justiz. Politisch erfolgt sie durch die strategischen Ziele, die vom Bundesrat zu genehmigen sind. Ferner wählt der Bundesrat den Verwaltungsrat, wobei er nach Meinung der Kommission darauf zu achten hat, dass beide Geschlechter angemessen vertreten sind. Ausserdem hat der Bundesrat ein Mitspracherecht bei der Wahl des CEO. Der Bundesrat genehmigt den Rechenschaftsbericht der Finma vor der Veröffentlichung und führt institutionalisierte Gespräche mit den Finma-Organen. Das Parlament hat eine indirekte Oberaufsicht. An dieser Gewaltenteilung wollte die Kommission auch nichts ändern."

Der Begriff der indirekten Oberaufsicht dürfte sich an denjenigen in der Botschaft anlehnen. Dort wurde indirekte Oberaufsicht umschrieben als Konzentration der parlamentarischen Aufsicht "auf die Art und Weise, wie der Bundesrat und die Vertreterinnen und Vertreter des Bundes diese Einheiten verwalten und überwachen" (vgl. oben Ziff. 43). In diesem Sinne stützt diese Äusserung die Ausführungen in der Botschaft.

- 45 Im Ständerat führte SR GERMANN für die Kommission Folgendes aus (AB 2007 S 405):

"Im Gegenzug verlangt die funktionelle, institutionelle und finanzielle Unabhängigkeit der Finma nach einer Rechenschaftspflicht und nach einer politischen Oberaufsicht durch den Bund. Gerade bei der Finma ist es wichtig, dass sie im Staatsgefüge eingebunden bleibt. Das FinmaG stellt daher einen wichtigen Präzedenzfall für die Auslagerung und Steuerung von Bundesaufgaben dar. Deshalb sieht der Bundesrat verschiedene Instrumente zur Steuerung und Beaufsichtigung der Finma vor. Unter anderem muss die Finma strategische Ziele formulieren, die vom Bundesrat genehmigt werden müssen. Der Bundesrat kann damit auf die Ausgestaltung der betrieblichen Tätigkeit der Finma Einfluss nehmen. Mit der Wahl eines Verwaltungsrates entscheidet der Bundesrat sodann über die Zusammensetzung ihres obersten strategischen Organs.

Die Finma hat im Rahmen des jährlichen Geschäftsberichtes eine Rechenschaftspflicht gegenüber dem Bundesrat. Der Geschäftsbericht ist vor seiner Veröffentlichung dem Bundesrat zur Genehmigung zu unterbreiten. Schliesslich werden zwischen Bundesrat und Finma mindestens einmal im Jahr institutionalisierte Gespräche zur Aufsichtstätigkeit und zur Finanzpolitik stattfinden.

Die Aufsicht des Parlamentes wird im Rahmen der parlamentarischen Oberaufsicht ausgeübt. Bei den Anstalten des Bundes geht es vor allem darum, zu prüfen, ob der Bundesrat seine Interessen als Eigner bzw. die ihm zugewiesenen Aufgaben und Funktionen korrekt wahrgenommen hat."

Auch diese Ausführungen entsprechen meines Erachtens weitgehend der Ansicht des Bundesrates.

- 46 Den Ausführungen in der Botschaft und den Meinungsäusserungen in den Räten ist somit zu entnehmen, dass sich die Oberaufsicht *nach Massgabe der Aufsicht*

des Bundesrates bemisst. Im gleichen Sinne äussern sich die Lehre (TOMAS POLEDNA/PHILIPP DO CANTO, in: Rolf Watter/Nedim Peter Vogt, Basler Kommentar zum Börsengesetz und zum Finanzmarktgesetz, 2. Aufl., Basel 2011, Art. 22 Rz. 14; NINA ARQUINT, Die FINMA als unabhängige Behörde – Einbettung und organisatorische Ausgestaltung, GesKR 2009, S. 12 ff., 14; vgl. auch Gutachten MÜLLER/VOGEL, S. 649) sowie die Kommissionen des Parlaments (vgl. Jahresbericht 2012, S. 3535, Fn. 17, mit Verweis auf die vorstehend zitierte Stelle aus der bundesrätlichen Botschaft zum FINMAG).

- 47 Mit Blick auf diese einhelligen Voten im Rahmen der Entstehungsgeschichte eines relativ jungen Gesetzes steht meines Erachtens ausser Zweifel, dass die Obergeraufsicht des Parlaments von den Einflussmöglichkeiten des Bundesrates abhängt. Die Aufsicht des Parlaments geht im Falle der FINMA somit nicht weiter als diejenige des Bundesrates resp. ist durch diese begrenzt. Die im Rahmen der allgemeinen Ausführungen offen gelassene Frage (vgl. oben Ziff. 25 f.) ist damit spezialgesetzlich entschieden.

Der guten Ordnung halber ist immerhin zu fragen, welcher normative Gehalt Art. 21 Abs. 4 FINMAG in dieser Konzeption noch zukommt. Die "Aufsicht über die Aufsicht" ist bei dezentralen Verwaltungsträgern nicht grundsätzlich in Frage gestellt (vgl. oben Ziff. 20 f.), so dass Art. 21 Abs. 4 FINMAG wohl ohne Änderung der Rechtslage hätte weggelassen werden können.

- 48 Gewisse Differenzen bestehen in der Frage, ob Gegenstand der parlamentarischen Prüfung im Wesentlichen die Prüfung der Wahrnehmung der Eignerinteressen des Bundes betrifft (vgl. die Nuancierungen in den parlamentarischen Voten). Versteht man den Begriff der Eignerinteressen aber in einem weiten Sinne, welcher auch Aufsichtsthemen miteinschliesst, ebenen sich die Differenzen ein (vgl. dazu oben Ziff. 21). In der bundesrätlichen Botschaft wird klarerweise auch die Aufsichtsfunktion des Bundesrates über die FINMA zum Gegenstand der Obergeraufsicht erklärt (vgl. BBl 2006, 2829 ff., 2873; oben Ziff. 43). Die Obergeraufsicht betrifft nicht nur die strategischen Ziele der FINMA.

2. Einwirkungsmöglichkeiten des Bundesrates

- 49 Soweit die Obergeraufsicht des Parlaments (spezialgesetzlich) von den Einwirkungsmöglichkeiten des Bundesrates abhängt, ist kurz zu erörtern, worin diese eigentlich bestehen. Zu erwähnen sind namentlich folgende Befugnisse:

- *Genehmigung strategischer Ziele* (Art. 9 Abs. 1 lit. a FINMAG): Der Bundesrat versteht die Bestimmung als Kompetenz, um "auf die mittelfristige Ausgestaltung der betrieblichen Tätigkeit der FINMA Einfluss [zu] nehmen" (Botschaft, S. 2841). Diese Auffassung ist nicht unbestritten. In der Lehre wird gefordert, der Bundesrat habe seine Einflussnahme auf die "langfristige strategische Ausrichtung der FINMA" zu beschränken (GUIDO E. URBACH/-OLIVER WIDMER, in: Rolf Watter/Nedim Peter Vogt, Basler Kommentar zum Börsengesetz und zum Finanzmarktgesetz, 2. Aufl., Basel 2011, Art. 9 Rz. 9).
- *Genehmigung des Geschäftsberichtes* (Art. 9 Abs. 1 lit. f FINMAG): Dem Geschäftsbericht soll der Charakter eines "Rechenschaftsberichts" zukommen (Botschaft, S. 2863). Der Bundesrat könne "die Genehmigung verweigern, wenn er mit grundlegenden Punkten der Berichterstattung nicht einverstanden ist" (ERBACH/WIDMER, a.a.O., Rz. 19). Die Massstäbe der Verweigerung werden in Gesetz und Materialien nicht explizit genannt.
- *Genehmigung der Direktorenwahl* (Art. 9 Abs. 1 lit. g FINMAG): Auch die Wahl (und die Abwahl, vgl. Art. 9 Abs. 5 FINMAG; Botschaft, S. 2864) unterstehen der Genehmigung des Bundesrates.
- *Wahl und Abwahl des Verwaltungsrates* (Art. 9 Abs. 3 u. 5 FINMAG): Bei der Wahl des Verwaltungsrates macht das Gesetz dem Bundesrat – ausser betreffend angemessener Vertretung beider Geschlechter (Art. 9 Abs. 3 FINMAG) und fachlicher Kompetenz (Art. 11 Abs. 2 FINMAG) – keine Vorgaben. Die Abwahl steht unter der Voraussetzung, dass "die Voraussetzungen für die Ausübung des Amtes nicht mehr erfüllt sind" (Art. 9 Abs. 5 FINMAG).
- *Kenntnisnahme des Revisionsberichts* (Art. 12 FINMAG): Die Eidgenössische Finanzkontrolle richtet ihren Revisionsbericht an den Verwaltungsrat der FINMA und an den Bundesrat.
- *Genehmigung von Personalverordnungen* (Art. 13 Abs. 5 FINMAG). Das Genehmigungsrecht des Bundesrates ist vorgesehen für Verordnungen betreffend "das Arbeitsverhältnis des Personals, insbesondere Entlohnung, Nebenleistungen, Arbeitszeit, Treuepflicht und Kündigung" (Art. 13 Abs. 4 lit. a FINMAG) sowie im Vorsorgebereich (Art. 13 Abs. 4 lit. b FINMAG).
- *Gebührenfestlegung* (Art. 15 FINMAG): Die Gebührenfestlegung ist weitgehend dem Bundesrat zugewiesen – was als wesentliche Einschränkung der

finanziellen Selbstbestimmung der FINMA kritisiert wird (vgl. ARQUINT, a.a.O., S. 15 m.w.H.).

- *Institutionalisierte Gespräche* (Art. 21 Abs. 2 FINMAG). Die FINMA "erörtert mindestens einmal jährlich mit dem Bundesrat die Strategie ihrer Aufsichtstätigkeit sowie aktuelle Fragen der Finanzplatzpolitik" (Art. 21 Abs. 2 FINMAG). Diese Gespräche werden als "wichtiges Instrument im Rahmen der Eignerstrategie" bezeichnet (ARQUINT, a.a.O., S. 15 f.).
- *Verwaltungsstrafgerichtsbarkeit* (Art. 50 FINMAG): Der Vollzug der Strafbestimmungen erfolgt durch das Finanzdepartement oder die Bundesanwaltschaft.
- *Absprache bei der Vertretung in internationalen Organisationen* (Art. 6 Abs. 2 FINMAG): Gemäss Botschaft, S. 2860, soll die Vertretung in internationalen Organisationen "jeweils im Einvernehmen mit dem EFD erfolgen, dem die Federführung für die internationale Finanzplatzpolitik obliegt."
- Die Notstandskompetenzen des Bundesrates bleiben auch im Lichte der Unabhängigkeit der FINMA gewahrt (und dürfen nicht von dieser wahrgenommen werden): "Hingegen können Notstandsrecht oder Notstandsverfügungen nicht von einer Behörde erlassen werden, die hierarchisch unter dem Parlament oder der Landesregierung steht" (Urteil B-1092/2009 des Bundesverwaltungsgerichts vom 5. Januar 2010, E. 8.4.2; vgl. dazu eingehend BGE 137 II 431 ff.).

50 Dieser Überblick zeigt deutlich, dass die Reichweite der Einflussnahme des Bundesrates beträchtlich ist. Die Einflussnahme des Bundesrates ist nicht auf die Genehmigung und Überprüfung strategischer Ziele beschränkt. Sie reicht offensichtlich viel weiter als beispielsweise die Einflussnahme auf die Schweizerische Nationalbank SNB (vgl. GEORG MÜLLER/STEFAN VOGEL, Oberaufsicht der Bundesversammlung über die Schweizerische Nationalbank, SZW 2010, S. 277 ff.).

51 Es stellt sich somit die Frage, was eigentlich die Grundkonzeption der Aufsicht des Bundesrates – und damit mittelbar die Oberaufsicht des Parlaments – darstellt. Zu fragen ist nach den Gründen für die Autonomie (vgl. oben Ziff. 32). Diese sind aus Gesetz und Materialien nicht völlig eindeutig; vielmehr besteht eine gewisse Ambivalenz. Betont werden zwar regelmässig die einzelnen Ausprägungen der Selbständigkeit der FINMA, nämlich in funktioneller, institutioneller und finanzieller Hinsicht (vgl. nur POLEDNA/DO CANTO, a.a.O., Rz. 5 ff. m.w.H.).

Was ist nun aber der Zweck der (funktionellen) Selbständigkeit der FINMA? Dazu hält der Bundesrat in der Botschaft fest (S. 2836):

"Eine Finanzmarktaufsichtsbehörde benötigt zur zweckmässigen Erfüllung ihrer gesetzlichen Aufgaben eine funktionelle Unabhängigkeit von den politischen Behörden. Ohne diese Unabhängigkeit besteht die Gefahr, dass die Massnahmen der Finanzmarktaufsicht sachfremden Einflüssen unterliegen, was ordnungspolitisch unerwünscht ist. Die Stellung der Finanzmarktaufsichtsbehörde lässt sich demzufolge am ehesten mit derjenigen einer Justizbehörde vergleichen."

Genannt werden also einerseits ordnungspolitische Bedenken gegenüber sachfremdem (d.h. wohl politischem) Einfluss auf Massnahmen der FINMA, andererseits aber auch die Justizfunktion der FINMA (vgl. zu Letzterem auch Gutachten MÜLLER/VOGEL, S. 666). Es fragt sich aber, ob beide Gesichtspunkte Vor- und Rückseite der gleichen Münze sind, wie dies in der Botschaft anklingt.

- 52 Bei Einzelfallentscheidungen der FINMA besteht eine quasijustizielle Funktion. Die FINMA ist zwar nicht ein Gericht im Sinne von Art. 6 EMRK, aber gemäss Bundesgericht eine *Behördenkommission der dezentralen Bundesverwaltung* (BGE 138 I 154 ff., 158 E. 2.7). Man kann sich fragen, ob die Charakterisierung der FINMA als "Behördenkommission" treffend ist (vgl. zum Begriff der Behördenkommission Art. 8a RVOV); die FINMA ist im Gegensatz zur früheren EBK, welche das Bundesgericht offensichtlich vor Augen hatte, eine Anstalt. Ohne Zweifel ist aber die FINMA im Entscheid über Einzelfälle *weisungsunabhängig* (BGer., a.a.O.; vgl. auch oben Ziff. 31). Die FINMA ist im Bereich der Verwaltungsrechtspflege tätig – wenn man in diesen Begriff auch das nichtstreitige Verwaltungsverfahren miteinschliesst (vgl. zum Begriff ALFRED KÖLZ/ISABELLE HÄNER/MARTIN BERTSCHI, Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes, 3. Aufl., Zürich 2013, Rz. 9). Die Durchführung von Verwaltungsverfahren (vgl. zum Begriff nur KÖLZ/HÄNER/BERTSCHI, Rz. 1 ff.) gehört zur quasijustiziellen Funktion, nicht aber etwa die Regulierungstätigkeit der FINMA (vgl. Art. 7 FINMAG).

Der Blick auf die quasijustizielle Tätigkeit lässt im Übrigen auch Zweifel aufkommen, ob der Begriff "Eigner" und "Eignerinteressen" mit Bezug auf die FINMA ganz glücklich erscheint. Es entsteht dadurch der Eindruck, ein Teil der Rechtsprechung "gehöre" dem Bund und müsse durch eine "Eignerstrategie" "gesteuert" werden. Im Bereich der quasijustiziellen Tätigkeit besteht im Wesentlichen eine *Administrativaufsicht* (vgl. zum Begriff KIENER, a.a.O., § 21 Rz. 81; vgl. zur FINMA wie hier Gutachten MÜLLER/VOGEL, S. 666). Gegenstand der Oberaufsicht ist der ordnungsgemässe äussere Geschäftsgang, nicht die

Rechtsprechungstätigkeit. Gewisse Abgrenzungsschwierigkeiten bestehen bei der Verletzung elementarer Verfahrensgrundsätze (Rechtsverzögerung, Befangenheit etc.), die sowohl einzelne Verfahren als auch den Geschäftsgang betreffen (können). Die Fragestellung ist vergleichbar mit der Aufsicht über die Gerichte.

- 53 Über die quasijustizielle Funktion hinaus entwickelt die FINMA auch Strategien, die vom Bundesrat zu genehmigen sind (Art. 9 Abs. 1 lit. a FINMAG). Dass der strategische Bereich der Tätigkeit der FINMA im Einwirkungsbereich des Bundesrates liegt, zeigt sich bereits in Art. 21 Abs. 2 FINMAG. Auch in anderen Bereichen sind die Einwirkungsmöglichkeiten des Bundesrates erheblich. Wie sich nun aber Einwirkungsmöglichkeiten des Bundesrates und Unabhängigkeit der FINMA zueinander verhalten, wird aus Gesetz und Materialien nicht deutlich. Dies gilt insbesondere im Verhältnis zwischen dem erklärten Schutz vor politischer Einflussnahme und der Mitwirkung des Bundesrates bei der Festlegung strategischer Ziele. Am ehesten lässt sich vertreten, dass die FINMA vor tagespolitischen Interventionen geschützt sein soll, um auch unpopuläre Massnahmen anzuordnen und durchzusetzen. An der mittel- und langfristigen Strategie kann die Politik dagegen mitwirken. Mit Blick auf die relativ offenen Zielsetzungen von Art. 5 FINMAG erscheint eine politische Steuerung durchaus angebracht (vgl. etwa die strategischen Ziele der FINMA 2013-2016, Jahresbericht FINMA 2012, S. 14, welche durchaus politisch diskutiert werden können). In diesem Bereich sehe ich keine ordnungspolitischen Bedenken.

Diese Auffassung erscheint kongruent mit den Äusserungen des Bundesrates, wonach sich das Parlament auf eine "externe politische Kontrolle beschränken [soll], die keinen direkten Einfluss auf die Geschäftsführung nimmt" (Botschaft, S. 2874). Im Rahmen der Oberaufsicht sei die FINMA mit Blick auf die "verwaltungsjustizielle Funktion [...] den Gerichten gleichzustellen"; Aufsicht und Oberaufsicht sind damit auf das korrekte Funktionieren beschränkt (Botschaft, S. 2874).

- 54 Die Unsicherheit über den Umfang der Oberaufsicht des Parlaments rührt möglicherweise daher, dass der Mitwirkungs- und Aufsichtsbereich des Bundesrates nicht eindeutig vorgezeichnet ist. Der Bundesrat hat insbesondere einen wesentlichen personalpolitischen und finanzrechtlichen Einfluss auf die FINMA, dessen Handhabung einen erheblichen Interpretationsspielraum lässt. Meines Erachtens müssen Bundesrat und Parlament bei der Wahrnehmung ihrer Befugnisse den quasijustiziellen Bereich des Einzelfalles respektieren; ebenso sind tagespolitisch motivierte Interventionen gegenüber der FINMA unerwünscht. Die mittel- und

langfristige Strategie der FINMA ist dagegen Gegenstand der Mitwirkung und der Kontrolle von Bundesrat und Parlament. Quasijustizielle und strategische Fragen sind nach Möglichkeit zu trennen. Dabei ist nicht zu übersehen, dass auch Einzelfälle von strategischer Bedeutung sein können (vgl. allgemein oben Ziff. 31), so dass sich quasijustizielle und strategische Fragen vermischen. Die quasijustizielle Funktion schützt auf jeden Fall vor der Einmischung in laufende und die Intervention gegen abgeschlossene Verfahren (Art. 26 Abs. 4 ParlG). Dagegen muss es Bundesrat und Parlament möglich sein, aus abgeschlossenen Verfahren Lehren auf der strategischen Ebene zu ziehen.

- 55 Die Koppelung der Oberaufsicht des Parlaments an die Befugnisse des Bundesrates führt schliesslich zur Frage, ob eigentlich das Parlament an die Beurteilung des Bundesrates über den Umfang seiner Mitwirkung und Aufsicht gebunden, im Sinne einer Vorfrage gebunden oder überhaupt nicht gebunden ist. Mit anderen Worten: Führt die Verneinung einer Aufsichtsbefugnis gegenüber der FINMA durch den Bundesrat zu einem Ausschluss der Oberaufsicht des Parlaments? Die Frage wird soweit ersichtlich nicht diskutiert. Für eine Bindung des Parlaments sprechen die Einheitlichkeit von Aufsicht und Oberaufsicht sowie die Tatsache, dass der Bundesrat primär zur Mitwirkung und Aufsicht aufgerufen ist. Dagegen spricht, dass das Parlament in Fragen der Oberaufsicht selbständig entscheidet. Sollte sich dieses Problem in der Praxis stellen, wäre der Frage vertieft nachzugehen.

3. Informationsrechte des Parlaments

- 56 Die Informationsrechte des Parlaments sind im FINMAG nicht explizit geregelt. In der Botschaft wird im Zusammenhang von Art. 21 Abs. 4 FINMAG Folgendes festgehalten (Botschaft, S. 2873 f.):

"Bei der Ausübung der Oberaufsicht verfügen die Aufsichtskommissionen über umfassende Auskunfts- und Akteneinsichtsrechte. Dabei ist es den Aufsichtskommissionen unbenommen, mit der FINMA direkt in Kontakt zu treten und von ihr zweckdienliche Auskünfte und Unterlagen einzufordern."

Die Informationsrechte beziehen sich auf die Ausübung der Oberaufsicht im konkreten Fall ("*Bei der Ausübung der Oberaufsicht ...*"), also auf die Oberaufsichtsbefugnisse, welche dem Parlament gegenüber der FINMA zukommen. Es gibt in diesem Sinne keine umfassenden Informationsrechte über das ganze Handeln der FINMA, sondern nur Informationsrechte mit Bezug auf Tatsachen, welche für die Oberaufsicht relevant sein können. Die Informationsrechte sind sachlich auf den Bereich begrenzt, auf den der Bundesrat legitimerweise einwirken kann.

Allerdings gehen die Aufsichts- und Mitwirkungsbefugnisse des Bundesrates wie dargelegt recht weit – und daraus abgeleitet die Oberaufsicht des Parlaments. Umso wichtiger erscheint es, dass das Parlament sich den allgemeinen Begrenzungen der Oberaufsicht bewusst ist (vgl. oben Ziff. 31) und diese im Lichte der Funktionen der FINMA anwendet.

57 Zutreffend erscheint auch die Äusserung in der Botschaft, dass die Geschäftsprüfungskommissionen mit der FINMA direkt in Kontakt treten können. Dies ergibt sich bereits aus Art. 153 Abs. 1 u. 2 ParlG, wo von "übrigen Trägern von Aufgaben des Bundes" resp. "Amtsstellen ausserhalb der Bundesverwaltung" die Rede ist, also dezentrale Verwaltungsträger explizit angesprochen werden. Aus der Autonomie der Anstalt ergibt sich keine Beschränkung der Informationsrechte des Parlaments. Die Beschränkung erfolgt vielmehr in sachlicher Hinsicht; die Information muss sich auf die Ausübung der Oberaufsichtsbefugnisse beziehen.

58 Eine gewisse Asymmetrie könnte darin liegen, dass das Parlament allenfalls *mehr in Erfahrung bringen kann als der Bundesrat*. Wo das Parlament Oberaufsicht ausübt, sind seine Informationsrechte sehr weitgehend, was der Natur einer Oberaufsicht entspricht (vgl. oben Ziff. 35 f.). Dem FINMAG und den Materialien ist nicht zu entnehmen, dass diese Rechte eingeschränkt wären.

Dagegen sind die Informationsrechte des Bundesrates nicht in gleicher Weise festgelegt. Es mag sein, dass der Bundesrat mit Blick auf seine vielseitigen Einflussmöglichkeiten (vgl. oben Ziff. 49) *de facto* einen vergleichbaren Zugang zu den Informationen der FINMA hat (und *de iure* vorbringen kann, weitreichende Informationsrechte entsprächen den weitgehenden Einflussmöglichkeiten); sicher ist dies mit Blick auf die gesetzliche Lage aber nicht (vgl. nur Art. 21 Abs. 2 FINMAG). Gehen die Informationsrechte des Bundesrates allenfalls weniger weit, so hätte dies zur Folge, dass das Parlament den Bundesrat allenfalls über Missstände in Kenntnis setzt, die der Bundesrat gar nicht in Erfahrung bringen konnte. Er wird allenfalls auch zur Einleitung von Massnahmen aufgefordert, die er – wiederum mit weniger Informationsrechten ausgestattet – schlecht begleiten kann, z.B., weil ihm der direkte Kontakt zu den untergeordneten Amtsstellen fehlt, welcher für das Parlament im Rahmen seiner Informationsbeschaffung ausdrücklich vorgesehen ist (und in der Botschaft, S. 2873 f., bekräftigt wird).

Meines Erachtens ist diese (allenfalls bestehende) Asymmetrie hinzunehmen. Sie ist letztlich eine Folge der indirekten Oberaufsicht des Parlaments, wie sie im FINMAG vorgesehen wurde (vgl. oben Ziff. 42 ff.). Möglicherweise wird aus die-

sem Grunde auch dafür eingetreten, dass der direkte Kontakt zur FINMA erst dann aufgenommen wird, wenn das Parlament vom Bundesrat die entsprechenden Informationen nicht erhältlich machen konnte (POLEDNA/DO CANTO, a.a.O., Rz. 13, sprechen diesbezüglich von einem "... nicht leichthin anzunehmenden ... Bedarfsfalle"). Es erscheint deshalb durchaus empfehlenswert, dass das Parlament in der Ausübung seiner Informationsrechte sich eine gewisse Zurückhaltung auferlegt. Gesetzlich vorgeschrieben ist dies aber nicht.

4. Adressat der Oberaufsicht

- 59 In der Botschaft wird zum Adressaten der Oberaufsicht festgehalten (Botschaft, S. 2873):

"Adressat der Oberaufsicht ist der Bundesrat."

- 60 Ob bei dezentralen Verwaltungsträgern tatsächlich immer der Bundesrat, und nur der Bundesrat, angesprochen werden muss, ist oben diskutiert worden (vgl. oben Ziff. 37 ff.). Im vorliegenden Fall erscheint die Aussage in der Botschaft aber konsistent mit dem Konzept einer indirekten Oberaufsicht. Übt das Parlament Kritik am Verhalten der FINMA, liegt in dieser Kritik auch die Aufforderung an den Bundesrat, seinen Einfluss geltend zu machen. Diesen Einfluss hat der Bundesrat. Dem Bundesrat steht eine breite Palette von Möglichkeiten zur Verfügung, seinen Einfluss geltend zu machen. Wo Oberaufsicht (des Parlaments) ausgeübt wird, ist Aufsicht (des Bundesrates) vorhanden. Entsprechend erscheint es folgerichtig, wenn sich das Parlament an den Bundesrat wendet.

In der Praxis ist allerdings auch schon direkt die FINMA angesprochen worden. In Empfehlung 10 des Berichts der Geschäftsprüfungskommissionen des Nationalrates und des Ständerates vom 30. Mai 2010 (Die Behörden unter dem Druck der Finanzkrise und der Herausgabe von UBS-Kundendaten an die USA, BBl 2010, 3099 ff., 3456) wird die FINMA "[aufgefordert], angesichts der grossen Tragweite dieser Affäre die Frage, wie viel die oberste Leitung der UBS von den QIA-Verletzungen der Bank und ihrer Mitarbeiter wusste, vertieft abzuklären." Mit Blick auf die im Bericht erhobenen Befunde und die Verantwortlichkeiten der involvierten Behörden erscheint die FINMA als eine naheliegende Adressatin der Empfehlung. Allerdings müsste im Hinblick auf das Konzept der Oberaufsicht im FINMAG konsequenterweise die FINMA nur indirekt, d.h. über den Bundesrat angesprochen werden, ist doch auch die Oberaufsicht wie dargelegt "nur" eine Aufsicht über die Aufsicht und Mitwirkung des Bundesrates. Das Beispiel zeigt meines Erachtens deutlich die Grenzen – und vielleicht auch die Unzu-

länglichkeiten, mindestens in diesem aussergewöhnlichen Fall – einer indirekten Obergeraufsicht via den Bundesrat. *De lege lata* meine ich aber, dass die Geschäftsprüfungskommissionen von direkten Empfehlungen an die FINMA absehen sollten.

- 61 Die FINMA ist vorgängig als betroffene Behörde anzuhören (Art. 157 ParlG). Aus der Logik einer aus der Aufsicht des Bundesrates abgeleiteten Obergeraufsicht folgt meines Erachtens, dass auch der Bundesrat als "betroffen" erscheint. Art. 157 ParlG liegt "die Auffassung zu Grunde, dass Obergeraufsicht auf einem Dialog zwischen beaufsichtigender und beaufsichtigter Behörde basiert"; er stellt eine Art "rechtliches Gehör" dar (Parlamentarische Initiative Parlamentsgesetz [PG], Bericht der Staatspolitischen Kommission des Nationalrates vom 1. März 2001, BBl 2001, 3467 ff, 3607). Bei Vorliegen eines dezentralen Verwaltungsträgers ist der Bundesrat eine von diesem unterschiedliche Behörde. Sein Handeln ist Gegenstand der Aufsicht und ist der Kritik ausgesetzt. Es wäre mit der Idee eines Dialogs meines Erachtens nur schlecht vereinbar, wenn der spätere Adressat möglicher Kritik und Empfehlungen im Vorfeld nicht angehört würde; dies insbesondere dann, wenn seine Informationslage aufgrund eingeschränkter Informationsrechte eine andere sein könnte als diejenige des Parlaments (vgl. oben Ziff. 58). Dementsprechend sollte auch der Bundesrat im Rahmen von Art. 157 ParlG berücksichtigt werden.
- 62 Hingegen erscheint nicht zwingend, dass der Bundesrat im Falle eines direkten Kontakts der Kommissionen mit der FINMA vorgängig informiert wird. Art. 153 Abs. 5 Satz 2 ParlG spricht von "Personen [...], die dem Bundesrat unterstellt sind oder unterstellt waren". Dies trifft für Mitarbeitende der FINMA gerade nicht zu. Die Informationsrechte des Parlaments sind auch nicht aus der Informationsbeschaffung des Bundesrates abgeleitet, sondern selbständig im Parlamentsgesetz festgelegt; das FINMAG sieht keine spezialgesetzlichen Einschränkungen vor (vgl. oben Ziff. 56). Dementsprechend braucht es meines Erachtens keine vorgängige Information des Bundesrates. Eine andere Praxis der Kommissionen ist aber sicher möglich.

VI. BEANTWORTUNG DER GUTACHTENSFRAGEN

- 63 Die nachfolgenden Gutachtensfragen werden kurz im Sinne einer Zusammenfassung beantwortet. Für die ausführliche Begründung wird auf die entsprechenden Stellen im Gutachten verwiesen.

Allgemeine Fragen

- a) *Welche Kompetenzen haben die GPK gestützt auf Art. 169 BV und 26, 52, 153 ff. ParlG gegenüber der FINMA, dem Bundesrat und dem Eidg. Finanzdepartement im gesetzlich festgelegten Aufgabenbereich der FINMA?*
- 64 Das Parlament ist zur Oberaufsicht gegenüber der FINMA, dem Bundesrat und dem Eidg. Finanzdepartement berechtigt und verpflichtet. Die FINMA ist eine ausgegliederte Verwaltungseinheit und nicht dem Bundesrat unterstellt, womit die Oberaufsicht einerseits im Lichte allgemeiner Prinzipien (vgl. oben Ziff. 18 ff.), vor allem aber mit Blick auf die Ausgestaltung des FINMAG zu betrachten ist (vgl. nachfolgende Frage). Mit Bezug auf den Bundesrat und das Eidg. Finanzdepartement sind keine Besonderheiten ersichtlich.
- b) *Welche Grenzen setzen das FINMAG und allfällig weitere Rechtsvorgaben den Kompetenzen der GPK? Ergibt sich aus der gesetzlichen Unabhängigkeit der FINMA, dass die Intensität bzw. Tiefe der ausgeübten parlamentarischen Oberaufsicht von der Tragweite konkreter Problemhinweise abhängt?*
- 65 Das FINMAG geht vom Konzept einer *indirekten Oberaufsicht* aus, d.h. die Oberaufsicht des Parlaments ist an die Aufsicht des Bundesrates gekoppelt (vgl. oben Ziff. 42 ff.). Da aber die Einflussmöglichkeiten des Bundesrates recht weitgehend sind, ist auch der Einflussbereich des Parlaments beträchtlich. Zurückhaltung des Parlaments ist insbesondere mit Blick auf den quasijustiziellen Tätigkeitsbereich der FINMA angezeigt, während strategische Fragen von der Oberaufsicht erfasst werden (vgl. oben Ziff. 51 ff.). Konkrete Problemhinweise dürfen berücksichtigt werden, wenn sie über den Einzelfall hinaus auf systemische Probleme hindeuten (vgl. oben Ziff. 31).
- c) *Ist die parlamentarische Oberaufsicht vor dem Hintergrund von Art. 169 BV und Art. 26, 52, 153 ff. ParlG (unter Berücksichtigung der Materialien*

und der Praxis zu diesen Bestimmungen) allgemein bezüglich ausgelagerten Einheiten und konkret bezüglich der der FINMA abschliessend an die Kompetenzen des Bundesrats gegenüber diesen Einheiten gebunden oder bestehen seitens der GPK weitergehende Kompetenzen?

- 66 Die Oberaufsicht über die FINMA ist spezialgesetzlich an die – recht weitgehenden – Kompetenzen des Bundesrates gebunden (vgl. oben Ziff. 42 ff.). In allgemeiner Hinsicht erachte ich die Frage aber als offen; persönlich halte ich die strikte Bindung der Oberaufsicht an die Mitwirkung und Aufsicht des Bundesrates über dezentrale Verwaltungsträger für diskutabel (vgl. oben, Ziff. 25 ff., 29).

Spezifische Fragen

- d) *Sind die GPK in der Ausübung ihrer Informationsrechte gemäss Art. 150 und 153 ParlG gegenüber der FINMA im Vergleich zur zentralen Bundesverwaltung beschränkt?*
- 67 Der Umfang der Informationsrechte ergibt sich im Wesentlichen dadurch, dass diese auf den Tätigkeitsbereich der FINMA beschränkt ist, welcher der Mitwirkung und Aufsicht des Bundesrates resp. der Oberaufsicht des Parlaments unterstellt ist (vgl. oben Ziff. 56 f.). Im Übrigen sind die allgemeinen Begrenzungen der Oberaufsicht zu berücksichtigen, wie sie auch in anderen Bereichen gelten (vgl. oben Ziff. 31).
- e) *An welche "verantwortliche Behörde" haben die GPK ihre Empfehlungen gemäss Art. 158 ParlG zu richten (Bundesrat und/oder Verwaltungsrat der FINMA)?*
- 68 Die Empfehlungen sind meines Erachtens an den Bundesrat zu richten (vgl. oben Ziff. 59 f.).
- f) *Wie ist Art. 153 Abs. 5 ParlG bei der Anhörung von Vertretern der FINMA anzuwenden ("zu informierende Stelle")?*
- 69 Meines Erachtens bedarf es im Rahmen direkter Kontakte zwischen den Geschäftsprüfungskommissionen und der FINMA keiner vorgängigen Orientierung des Bundesrates. Eine andere Praxis wäre aber möglich (vgl. oben Ziff. 62).

g) *Gilt das Recht auf Stellungnahme des Artikels 157 ParlG ("rechtliches Gehör") im Falle der FINMA auch für den Bundesrat?*

70 Aus der Logik einer indirekten Aufsicht ergibt sich, dass der Bundesrat mindestens mitbetroffen resp. mitverantwortlich ist. Es liegt deshalb nahe, auch dem Bundesrat ein Recht auf Stellungnahme einzuräumen (vgl. oben Ziff. 61).

h) *In welchen Bereichen übt die FINMA eine verwaltungsjustizielle Tätigkeit aus, die aufgrund der Gewaltenteilung nicht bzw. nur beschränkt (in Analogie zur parlamentarischen Oberaufsicht bei den Eidg. Gerichten) unter die parlamentarische Oberaufsicht der GPK fällt?*

71 Die FINMA übt in Einzelfallentscheiden (Durchführung von Verwaltungsverfahren) eine quasijustizielle Tätigkeit aus (vgl. oben Ziff. 52). Eine Einmischung in laufende oder die Intervention gegen abgeschlossene Verfahren ist ausgeschlossen. Dagegen muss es Bundesrat und Parlament möglich sein, aus abgeschlossenen Verfahren Lehre auf der strategischen Ebene zu ziehen (vgl. oben Ziff. 54).

* * *



Prof. Dr. Felix Uhlmann